POR DON BERNABEL Niño de Sandoual, hijo y heredero de don Pedro Niño de Sandoual, y cessonario del Vētiquatro Gaspar de Mercado,

EN EL PLEYTO

Con doña Maria de las Cueuas, viuda de Bernardo de Sandoual de la Peña, vezina desta ciudad.

SOBRE

Prelacion en el pleyto de concurso a los bienes del dicho Bernardo de Sandoual de la Peña, y en razon de que se declare la cantidad de bienes que ha de auer la dicha doña Maria.

LA dicha doña Maria pretende ser preferida a qualesquier acreedores del dicho su marido por 4U009. ds. en tres partidas diferētes. ¶ La vna es de 900. ds. de su dote. Y lo q̃ cerca desto consta de los autos, es vna escritura de dote q̃ el dicho Sandoual de la Peña parece auer otorgado en fauor de la dicha D. Maria, en cantidad de los dichos 900. ds. que confiessa auer recibido en ciertos censos, y otros bienes, su fecha en 1. de Mayo de 1580. Y por toda la dicha escritura no parece que aya prometido arras algunas. *Facti species.* Nu. 1.

2 La 2. partida en q̃ pretende ser preferida, es por 600. ds. de arras. Fundase en cierta confesion que su marido haze por clausula de su testamento. Y lo que

 parece

parece de los autos es, q̃ el dicho Sãdoual de la Peña en el dicho testamento con q̃ murio declara, q̃ aunq̃ por la escritura de dote no consta auerle mandado a su muger arras algunas, la verdad es, q̃ al tiẽpo q̃ casó cõ la susodicha, le prometio 600. ds. en arras, y no le hizo escritura dello, manda se le paguen las dichas arras, y dexa por su heredera a la susodicha, y al dicho don Pedro Niño de Sandoual su sobrino.

3 La 3. partida es de 2U509. ds. q̃ dize valieron todos los bienes muebles y rayzes q̃ heredò de Luys de las Cueuas su tio, y q̃ entraron en poder de su marido, el qual vendio parte de los rayzes; y se aprouechô de los muebles. Y se funda en otra declaracion fecha en el dicho testamento; y en ciertas escrituras q̃ presenta, y en vna prouança de testigos. Lo q̃ consta de los autos del pleyto es, q̃ antes q̃ se casara la dicha D. Maria, heredò de Luis de las Cueuas su tio ciertos bienes muebles, q̃ pretende son los cõtenidos en vn memorial simple q̃ tiene presentado, y q̃ tambiẽ heredò los bienes rayzes, de q̃ abaxo se hara mẽciõ; y despues de auer heredado, passados dos o tres meses, poco mas o menos, casò cõ el dicho Sandonal de la Peña, el qual le otorgò escritura de dote en cãtidad de los dichos 900. ds. Y 13. años despues, el susodicho al tiẽpo q̃ otorgò el dicho su testamento, declara por clausula particular del, q̃ demas de la dicha dote, entrarõ en su poder ciertos bienes rayzes q̃ la dicha D. Maria su muger huuo y heredò del dicho Luys de las Cueuas su tio, q̃ los vendio durante el matrimonio con la susodicha, para pagar deudas del dicho su tio, de los quales constarà por las escrituras de venta, a q̃ se remite, y esto lo confiessa, cõ calidad de q̃ pagó dellos el funeral, deudas, y otras cosas que se deuian, y resuelue la clausula en esta manera: *Quiero q̃ siendo baxadas las deudas e censos q̃ deuia el dicho Luys de las Cueuas, y el cumplimiento de su testamento, q̃ todo lo pague, segun cõstarà por cartas de pago, e razon dello: toda la demas hazienda que quedare es de la dicha doña Maria mi muger, &c.* Et inferius: *Y mando se le pague.*

4 Y parece assimismo, q̃ por parte de la dicha doña

Maira

Maria se presentarō 4.escrituras de venta. La vna otorgada por D.Agueda de Espindola su madre, por la qual consta auer vendido vnas hazas en precio de 160.ds. q̃ quedaron liquidos baxados los censos, y dio por su fiador al dicho Bernardo de Sandoual dela Peña. Y otra escritura q̃ assi mismo otorgô la dicha D.Agueda, y doña Maria su hija, y el dicho Sãdoual de la Peña: por la qual parece q̃ vende vna huerta en precio de 181.ds. Tercera escritura de venta, de vna haza, otorgaron ladicha doña Maria y su marido, en 44.ds. La vltima escritura otorgaron los mismos, y por ella consta auer vẽdido vnas viñas y hazas, con cargo de ciertos censos, en 622.ds.

5 Tambien consta y parece que la dicha D.Maria, en la respuesta de cierto auto q̃ se le notificò, para q̃ aceptasse, o repudiasse, responde, q̃ tiene aceptada la herẽcia del dicho su marido, y que harà inuentario. Y aunq̃ despues por parte de los acreedores se le á pedido muchas vezes, que exhiba el testamento de su tio, y las cartas de pago, y razō de todo lo q̃ pagô el dicho su marido, y los papeles q̃ q̃darō por su fin y muerte, o inuẽtario dellos, no lo ha fecho, antes a esto respōde, que no es heredera, y que repudia la herencia del dicho su marido.

6 Y en quanto los bienes muebles, ay cierta informacion de testigos deudos y allegados de su casa, que dizẽ por mayor, q̃ los bienes muebles y rayzes cōtenidos en el memorial, los heredò la dicha D.Maria antes q̃ se casara, y q̃ despues quando se casò los lleuò a poder del dicho su marido, y que todos los dichos bienes valdrian 1U500.ds. y esto lo dizen seys testigos, y solo vn testigo q̃ es cuñado de la dicha D.Maria, dize valdrian 2U.ds.

7 Tambien consta q̃ la dicha D.Maria en vnas declaraciones q̃ hizo poco antes q̃ muriera, cōfiessa q̃ los bienes muebles q̃ auia heredado de su tio, se gastaron y cōsumieron durãte el matrimonio, por auerse seruido dellos, y q̃ estauan ya gastados y consumidos al tiempo de la muerte de su marido. Iten confiessa, que las deudas que dexò su tio Luys de las Cueuas, y el funeral y entierro lo pagò su marido.

8 La parte del Ventiquatro Gaspar de Mercado salio entre otros acreedores, pretendiendo ser preferido en

los

los bienes del dicho Sandoual de la Peña, por 47U300. marauedis, que parece deuerle por escritura de obligaciõ, y otros recaudos que presenta, y el dicho Sandoual de la Peña por clausula de su testamento confiessa assi mismo la deuda, y manda se le pague.

9 Y en el dicho pleyto de cõcurso de acreedores se dio sentencia, en q̃ el Alcalde mayor desta ciudad puso en primer lugar a la dicha doña Maria, para q̃ fuera preferida, y primeramente pagada de 1.q.521U591. mrs, q̃ valẽ 4U068. ds. y tãtos reales de la dote y arras, y bienes muebles y rayzes q̃ auia heredado. Y en segundo lugar mandô pagar al dicho Ventiquatro: (demanera que el dicho juez le mandò pagar 59. ds. demas delo q̃ pretẽdia la dicha D. Maria, y 1668. ds. demas de lo q̃ por sus prouãças y escrituras mõta el dote, y los bienes heredados.) Desta sentencia se apelò, y dixo de agrauios por parte del dicho Ventiquatro, y salio sentencia de vista, en q̃ se cõfirmó la del inferior, con q̃ la dicha D. Maria sea solamẽte preferida en cõtia delos 900. ds. de su dote, y no en mas. Desta sentencia de vista se suplicô por ambas partes.

10 En este estado saliò a este pleyto don Pedro Niño, heredero de Sandoual de la Peña su tio, coadjubando la pretẽsion de los acreedores, para que no se le mandasse pagar a la dicha D. Maria mas de la dicha su dote, porq̃ lo demas q̃ pretendia era injusto, y no se le deuia. Y por autos de vista y reuista fue admitido, cõ que tomasse el pleyto en el mismo estado; y auiẽdo dicho y alegado las partes de su justicia, fue cõcluso, y en este estado se quedò el año de 1605. porque murio el dicho Ventiquatro, y se ausentò desta ciudad su muger, y vna hija vnica y vniuersal heredera que dexò. Y assi mismo se ausentò y murio el dicho don Pedro Niño.

11 Y en el año de 1625. el dicho dõ Bernabe Niño de Sãdoual, por si y como cessonario de la muger e hija del dicho Ventiquatro, por pleyto retardado lo substanció con la dicha D. Maria, y cõ dõ Diego Niño su hermano, hijo y heredero del dicho don Pedro Niño, y presentò vna cesion y poder en causa propria, por donde consta que la muger del dicho Ventiquatro, y D. Mẽcia de Mercado su hija, recibieron del dicho dõ Bernabe la cãtidad

del

del dicho poder,en esta manera,300.reales de contado con fee de paga,y otros 700. reales q̃ le deuian al dicho don Bernabe, y otros 100.reales q̃ les ha de dar y pagar para quando se fenezca y acabe el dicho pleyto, y lo demas a cumplimiento a los 47U300.mrs,se le dan por la solicitud y gastos que ha de tener en el dicho pleyto.

La parte de la dicha D.Maria dixo, q̃ no tenia obligació a respóder,porq̃ la dicha cesion y poder era fingido y simulado,y q̃ la dicha D.Mécia no tenia legitimada su persona,y hizo grande fuerça cõ la l.ab Anastasio. Y por parte del dicho dõ Bernabe se legitimò, y se presentò el testaméto del dicho Ventiquatro, y cõ esto huuo autos de vista y reuista, en que se le mandò que respondiesse derechamente.

Hactenus de facto. Y en quãto al derecho se fundarâ lo primero, que la l.per diuersas, y la l.ab Anastasio, C. mandat.no han lugar en este caso cõtra el dicho dõ Bernabe. ¶ Y en segundo lugar, q̃ el susodicho,como cessonario de la dicha D.Mencia de Mercado,ha de ser preferido,y primeramente pagado que la dicha doña Maria, y que el grado y lugar que se le diere a la susodicha, ha de ser para que sea pagada solamente delos dichos 900. ducados que se mandan pagar por la sentencia de vista, declarando no deuersele dar ni pagar otra cantidad alguna de las q̃ pretende. Y assi se diuidirá en dos partes.

PARS PRIMA.

12 En quanto a la l.per diuersas, el mismo texto se limita en el caso deste pleyto,cõsiderando q̃ dõ Bernabe por el otro titulo q̃ tiene de hijo y heredero de dõ Pedro Niño,heredero de Sãdoual de la Peña,viene a ser principalmẽte interessado a los bienes y haziẽda,cõtra quien pretẽdia la parte del dicho Ventiquatro por su deuda, y assi le fue licito tomar cesiõ della, para cautelarse mas biẽ,y estar mas seguro y fortificado en el derecho de los dichos bienes cõtra la dicha D.Maria,y demas terceros acreedores q̃ recurrẽ,y tienẽ derecho cõtra ellos,& tunc tenet cesio licet valeat plus,vel minus,quod dat cedẽti,quã illud in quo vult se munire,d.l.per diuersas,§.exceptis,scilicet,hijs cesionibus,vers. *Et hijs quãscũmque creditor,vel is qui res alienas posidet pro debito,seu rerũ apud se constitutarũ munimine,ac tuitione accepit.* A dõde las gloss.verb.

 & hijs,

& hijs,&verb.is qui res,lo declarā y exēplificā,y entiēdē la limitaciō del text.cō la generalidad q̄ habla en todos los casos en q̄ vno sea interessado por qualquier titulo a los bienes en que otro pueda pretēder,o tener derecho, mediāte el qual espere padecer cōtrouersia,exornat Menoch.de presump.in illa præexcellēti presump.129.quā fecit ad d.ll.per diuersas,&ab Anastasio,lib.3.n.11.&12. y la razō es, porq̄ en este caso el cessonario no remueue pleytos agenos,sino su mismo pleyto,en q̄ era y es interessado antes y despues dela cessiō,y q̄ como parte lo podia seguir,aūq no se vuiera fecho,cō lo qual cessa la razō potissima de la d.l.per diuersas,q̄ se fundò, *ne sint redēptores litium alienarum*.Parlad.lib.2.cap.fin.3.p.§.4.n.8.

13 A lo qual se añade,q̄ el derecho dela deuda q̄ cedio D.Mēcia de Mercado y su madre,es cierto e indubitable por cōstar del por escritura publica,y entōçes no han lugar las dichas leyes: *Quia cū in casu* (inquit Stepha.Grat. to.2 c.286.n.10.) *de quo agimus ius cedētis sit indubitatū propter obligationē cameralē cū supceptione cēsurarū, & mādati executiui,nō habēt locū prædicta,neq; cōsideratur aliqua nullitas cessionis,quāuis nō appareat pretiū vere, & realiter fuisse numeratū, sed solū cedēs fassus fuerit,se illud recipisse, quasi tūc cesset ratio prohibitionis ob calūniā, & redēptionē litiū nō secus,ac si addesset cōfessio indicialis,ac res iudicata,Gab.cōs.67.n.7.& 8.li.1.Crescēti.decis.10.aliàs 207.n.2.& 3.de sent.& re iud.Aret.cōs.*136.

14 Mas,q̄ la dicha cessiō vino a ser por su justo precio, porq̄ respeto delos 300.reales,ay fee de paga,y cōsta de verdadera numeraciō:y en quāto a los 700.le eran deudoras la dicha D.Mēcia y su madre,de dineros q̄ les auia ido dādo prestados,a fin de q̄ les cediera la dicha deuda, y tābiē respeto delos ciē reales q̄ les á de dar para quādo se acabe y fenezca el dicho pleyto,nā quādo habita est fides de pretio,nō procedit d.l.per diuersas, docet Bal. in ipsa l.n.17.Menoch.d.presump.126.Finalmēte,respeto delo demas a cūplimiēto dela dicha deuda q̄ se cedio se cōputò justamēte en las expēsas q̄ hā sido y son necessarias para sustāciar y acabar el dicho pleyto,pues si bien se cōsidera,no solo lo q̄ faltò a cūplimiento a los dichos 47U300. sino todos ellos son menester para pagar los oficiales, Procurador, escriuano de Camara, Relator, y Abogado:y assi en la d.l.per diuersas,pretiū iustū estimari debet deductis expēsis,quę fieri possunt ad debitū cō

sequen-

ſequendũ, gl. verb. quã alijs cauſis, in d. l. per diuerſas, & ibi Bart. n. 6. & Bald. n. 10. Menoch. d. præſump. 129. n. 4. Demanera q̃ por todas eſtas cauſas y caminos tienẽ euaſion los dichos textos, y aſsi no ay que traerlos para eſte pleyto.

PARS SECVNDA.

15 En quãto a la 2. parte en q̃ eſtà diuidida eſta informaciõ, para mas claridad ſera neceſſario diſcurrir por todos los derechos y pretenſiones de la dicha doña Maria. Primeramẽte, la de los 900. ds. de la dote, parece incõuẽcible, ſi la conſideramos cõtra el dicho dõ Bernabe, como heredero del heredero de Sandoual de la Peña: pero cõſiderada cõtra el dicho don Bernabe, como acreedor ceſſonario de D. Mencia de Mercado, ya q̃ ſe le mãde pagar, no á de ſer en primer lugar, prefiriẽdoſe al dicho ceſſonario, porq̃ la dicha D. Maria fue heredera teſtamẽtaria de ſu marido, y aceptò ſu herẽcia, cõ cuya aceptacion quedò obligada, y quaſi cõtrajo cõ los demas acreedores, y por no auer fecho inuẽtario de todos los bienes y papeles quedò cõfundida la acciõ de la dicha dote, l. ſtichũ, §. aditio, ff. de ſolut. l. debitori, C. de pact. l. fin. §. ſin vero, poſtquã adierint, C. de iur. delib. Y del caſo en terminos de muger q̃ aya ſido inſtituida por ſu marido, y q̃ pretẽda ſacar ſu dote, y otros derechos, como acreedora hallo dos cõcejos excelentes: el vno 276. de Ludou. Romano, en el parece q̃ la muger auia hecho inuẽtario juridico de todo: el otro es 65. de Roland. à Valle, lib. 2. Y aũ q̃ alli la muger no hizo inuẽtario, eſtaua grauada de reſtituyr la herencia: de a dõde reſoluio Rolãdo, q̃ aunq̃ ſe cõfundierõ las acciones, y vino à quedar obligada erga creditores & legatarios, cõ todo eſſo, reſpeto tã ſolamẽte del fideicomiſſario a quien auia de reſtituyr la herẽcia, podra ſacar ſu dote, y lo demas q̃ ſe le deue, porq̃ cõſiderada la reſtituciõ, viene a reſoluerſe la cõfuſion de acciones, y a quedar ſin efecto, & reuiuiſcunt actiones, l. cũ hæreditas, l. poſtulante, ad Trebel. y otros muchos textos cõ q̃ lo prueua, & nouiſsimè Paulo Bellõ, de poteſt. cor. quæ in contin. fiunt, lib. 2. c. 3. de creditore adeunte hæreditatẽ debitoris, & de cõfuſsione actionũ. A ſimilitud de lo qual tenemos el caſo preſente, porq̃ D. Maria ha repudiado muchas vezes, y dicho q̃ no quiere la herẽcia deſpues de auer aceptado, en q̃ la parte de don Pedro

à con-

à cõsentido, y querido aq̃lla misma parte desechada y repudiada, con lo qual se le á adquirido y acrescido, tx. cũ gl. verb. nõ cogatur, in l. si minor. 61. & l. quæ neptis. 98. iũcta gl. verb. & maluisset. ff. de acquir. vel omit. hæred. l. 18. vers. *Otrosi dezimos*, vbi D. Greg. verb. *quisiesse*, tit. 6. p. 8. Y asi respeto del coheredero, a quie se acresce la dicha herencia, tendra derecho para sacar la dicha su dote; pero no procederà respeto de los acreedores, porque en quãto a ellos semel hæres, non desinit esse hæres, §. resti tuta, Inst. de fid. hæred. l. ei qui soluendo 88. de hæred. inst. l. ex facto 43. §. Iulius Lõginus, ff. de vulg. cũ similibus. y resuelue y abraça todo este pẽsamiẽto la gl. verb. repudiãtis hæreditatẽ, in l. sicut maior, C. de repud. hæred. ita sic: *Sed non ne valet repudiatio in iudicio, cum alius de hæreditate aduersatur, vt remoueatur pacti exceptione?* Azo. respondet: *Sic puto, argumento supra de pactis, l. postquã, sed tamen non desinit esse hæres in præiudicium aliorum creditorum.*

16 Cerca de los 600. ds. de arras, para en quãto al derecho del tercero acreedor, es indubitable q̃ no tienen lugar, ni prelaciõ alguna, porq̃ no cõsta por escrituras, ni prouãça q̃ el dicho Sãdoual de la Peña prometiesse las dichas arras a la actora, solo ay en su fauor la confesiõ del marido, fecha en su testamẽto, q̃ no prueua ni perjudica a los acreedores, aunq̃ fuera de caso mas priuilegiado como es la dote, y por escritura y contrato entre viuos, gl. verb. datæ, in l. asiduis, C. qui pot. in pig. la qual confessiõn de dote recepta, menos prueua ni perjudica fecha en el testamẽto, porq̃ a lo sumo pudiera obrar vn legado, l. Lutius. 88. §. quisquis, el 2. ff. de leg. 2. cum alijs, quas tradit Roman. cõs. 445. n. 9. Surd. decis. 285. Mãtica de taci. & ambig. lib. 11. tit. 20. n. 22. Steph. Grat. to. 1. c. 116. à n. 42. & nouissimè Fontanel. de pact. nupt. 2. to. claus. 14. gl. vnic. p. 2. n. 23. Mayormẽte siendo la deuda causada antes de la cõfessiõ, como lo es la del dicho Gaspar de Mercado, porq̃ entõces es caso muy claro, aũq̃ la cõfessiõ vuiera sido fecha en contrato, si de receptione aliter nõ cõstet, creditoribus nõ nocet, Aluar. Valasc. cõsult. 6. maximè n. 7. Y lo que mas es, q̃ aũ respeto del heredero, por ser la confessiõ por via de arras, sic: *Declaro, q̃ al tiẽpo q̃ yo me casè con la dicha D. Maria de las Cueuas, le prometi en arras, aunq̃ no vuo escritura dellos, 600. ds.* no se puede sustẽtar en fuerça de legado, sino es en la cantidad de la

dezima

dezima parte de los bienes, q̃ se vuiera aueriguado auer traido el dicho su marido, por ser cõclusiõ en materia de arras, quod quãuis eas promittẽs heredibus necessarius sit distitutus, nõ potest vltra decimã bonorũ partẽ promittere. Y assi se coligẽ de la ley del fuero, q̃ es prohibitiua, y aplica el excesso a los herederos, o pariẽtes mas cercanos, segun por la d. l. 1. tit. 2. lib. 3. for. lo resuelue el P. Thom. Sãch. de matr. lib. 6. disp. 29. cõcl. 5. n. 10. el qual en la disp. 33. dize, q̃ aũ en el fuero de la cõciẽcia obliga a la muger a la restituciõ del excesso. De manera q̃ la dicha D. Maria no pudo tener derecho, sino es contra los herederos, y viene a ser limitado en quanto a la cãtidad q̃ prouare cabiã en la dezima parte de los bienes q̃ tenia el dicho su marido al tiẽpo q̃ se casò, sacado lo q̃ deuia, porq̃ a la susodicha le incũbe la prueua, por ser el fundamẽto de su intẽciõ, glo. famosa in l. cũ de lege. ff. de probat. por la qual lleuan casi todos los del Reyno, quod si vxor agat ad arras, tenetur probare, aliter; succũbet, Roder. Suar. in d. l. 1. for. vbi eius Additionator Valdes, cum plurimis, n. 15. Ant. Gom. in l. 50. n. 13. D. Couarr. 2. var. c. 6. n. 7. Matiẽç. in l. 2. tit. 2. lib. 5. gl. 2. n. 9. Azeu. in d. l. 2. Recop. n. 19. Villadiego in l. 6. tit. 1. lib. 3. for. juzgo, n. 6. Mier. 1. p. q. 52. n. 37. Y esto procede mas lisamente, y sin cõtrouersia en el caso presente, cõsiderãdo q̃ Sãdoual de la Peña, marido de D. Maria, no afirma ni cõfiessa q̃ las dichas arras cabiã en la dezima parte de sus bienes, q̃ por lo menos para q̃ cupierã los 600. ds. auia de tener 6U. de capital, y quãdo de cõtrario no resiste la cõfesiõ del marido, no ay dificultad, pues la q̃ se les podia oponer a los DD. de proximo referidos, es la cõfesion q̃ suele hazer el marido en semejantes promessas, y sin embargo de q̃ la haga, y aũ la jure, resuelue, q̃ toca a la muger la carga de prouar, Mier. d. q. 52. n. 52. cũ seqq. & 4. p. q. 1. limit. 3. n. 19. De todo lo qual resulta, que por no auer prouado no se le ha de mandar pagar cantidad alguna de arras en lugar alguno antes ni despues de los acreedores. Maiormẽte, q̃ tiene cõfessado q̃ su marido no lleuò capital.

17 En quãto a los bienes q̃ D. Maria heredò de Luis de las Cueuas su tio, propriamẽte son parafernales, aliàs extra dotales, porq̃ los auia heredado al tiẽpo q̃ se casò, y aũq̃ ya los tenia y posseia por suyos proprios quando su marido le otorgò escritura de dote, los retuuo la dicha D. Maria juntamẽte cõ su madre, y no los entrò con los

900.ds. de la dote, por estar muy cargados de deudas y censos, antes los dexò a parte, y los exceptuò y separò de los bienes dotales q̃ le entregó a su marido, & parapher nalia sunt oĩa bona, quæ mulier extra doté viro traditã habet siuè mobilia, siuè immobilia, & Latinè dicũtur ex tra dotalia. l. si ego. §. dotis auté causa. ff. de iur. dot. l. hac lege. C. de pact. cõuẽt. tã super dot. quã super parapher. l. 17. tit. 11. p. 4. elegãtissimè explicat Fõtanella de pact. nupt. 2. to. claus. 6. glo. 2. p. 7. á n. 2. cũ seqq. & in n. 5. inquit: paraphernalia dicũtur esse bona vxoris, quæ cum haberet mulier tempore cõtractus matrimonij, nolluit tamen ea in dotem afferre viro.

18 Sabida pues la calidad de los dichos bienes, se tratarà primeramente de los rayzes, y despues de los muebles: los vnos y los otros, segũ la prouãça de la parte cõtraria, parece fuerõ en cãtidad de 1500. ds. y los raizes q̃ parece se vẽdierõ, son en cãtidad de 1009. ds. q̃ mõtã las 4. partidas de las escrituras de vẽta q̃ estan presentadas, de las quales solo se le pudiera hazer cargo a la parte de Sãdoual de la Peña, de las tres partidas de bienes q̃ parece auer vendido el susodicho, jũtaméte cõ la dicha D. Maria su muger, la vna de 44. ds. otra de 181. y otra de 622. ds. que sumã 847. ds. porq̃ la otra partida de 162. ds. del precio de las hazas, no tiene q̃ ver el dicho Sãdoual de la Peña, porq̃ las vẽdio su suegra, madre de la dicha D. Maria; y estos 847. ds. de bienes rayzes parafernales q̃ el dicho Sãdoual de la Peña cõfiessa en su testamẽto auer vẽdido, no se le deuen mandar pagar a la dicha D. Maria, porq̃ la cõfession del susodicho es cõ calidad de q̃ se vẽdierõ para pagar deudas, y solo mãda pagar la cãtidad q̃ restare baxadas las deudas y censos, y el cũplimiẽto del testamẽto, ibi: *Que siendo baxadas las deudas e cẽsos q̃ deuia el dicho Luys de las Cueuas, y el cũplimiẽto del testamẽto, q̃ todo lo pague, &c.* Y esta cõfessiõ tan calificada y condicional no se puede diuidir, porq̃ contra la dicha calidad no milita presumpciõ alguna de derecho, y entõces nõ potest pro parte acceptari, sino q̃ se ha de admitir, o desechar en todo, y assi se entiende y explica la glos. de la l. si quidẽ, C. de except. segun la doctrina de Bart. in l. Aurelius, §. itẽ quæsijt. ff. de lib. leg. Gribell. decis. Dolanensi 12. nu. 12. & 22. q̃ es la mejor decision q̃ hasta oy se halla escrita en la materia: y fundandose como se funda la parte de la di

cha

cha D.Maria en diſpoſicion calificada del dicho ſu marido, que no ſe puede diuidir, deuio prouar juntamẽte la dicha calidad, Ioſeph. Ludou. cõmu. concl. 14. illat. 108. Fontanella, 2. tom. clauſ. 5. gl. 1. p. 2. á n. 19. vſque ad 24. Mayormente, porque la dicha D.Maria quedó con todos los papeles y cartas de pago, y los retirò, y no los ha querido exhibir. (Y aũque parece auer auido teſtamẽto del dicho Luys de las Cueuas, como parece por el teſtamento del dicho Sandoual de la Peña, y por las eſcrituras de venta que preſenta, en que haze la dicha D.Maria eſta confeſsion: *Todos los quales dichos cenſos de juſo declarados y deslindados, yo la dicha doña Maria de las Cueuas huue y heredè del ſeñor Luys de las Cueuas mi tio, como ſu vniuerſal heredera, inſtituyda por ſu teſtamento que otorgò, debaxo de cuya diſ poſicion murio.* Y tambien lo dizen ſus teſtigos en la ſegũda pregunta, y vno dellos, cuñado de la dicha D.Maria, dize: *Que auia ydo con la dicha doña Maria de las Cueuas ſu cuñada, que fue al dicho lugar a la enfermedad del dicho Luys de las Cueuas, y eſtuuo y aſsiſtio en la caſa del dicho Luys de las Cueuas, haſta que el ſuſodicho fallecio, y al hazer del teſtamento, y ordenò ſu anima, y en el inſtituyò por vniuerſal heredera a la dicha doña Maria de las Cueuas ſu ſobrina, como por el dicho teſtamento parece, a que ſe refiere.*) lo ha retirado y encubierto, porque no ſe vea por el las deudas que dexò, y las que pagò el dicho ſu marido. Y auiendo pedido deſpues de cõcluſo eſte pleyto, que juraſſe, y declaraſſe ſi tenia en ſu poder el teſtamento que otorgò el dicho Luys de las Cueuas ſu tio, y que a donde lo auia otorgado, y ante quien paſſaua, dixo: *Que el dicho ſu tio no auia otorgado teſtamento alguno, ni ella lo tenia, porque auia muerto abinteſtato, y ſin habla.* De manera que en mano de ſola la dicha doña Maria ha eſtado el poder verificar la calidad de la confeſsion del dicho ſu marido, por auerle dexado en ſu poder las cartas de pago, y demas recaudos a que el teſtador ſe remite, y el coheredero, y los demas acreedores han eſtado y eſtan impoſsibilitados de poderla verificar y prouar por hecho de la dicha doña Maria.

19 Finalmente, los bienes muebles, que pudieron ſer en cantidad de otros 300. ó 400. ds. porque ſi todos erã 1500. ſacados mas de mil de rayzes que ſe vendieron, y ſacados los que quedaron en ſer, pudieron quedar en muebles, aun menos de la dicha cantidad. Y en quanto

a los

alos que se vendieron, corre lo mismo que se ha dicho cerca de los rayzes vendidos y enagenados por la misma doña Maria y su marido: pero en quanto a los que quedaron en ser, no dixo ni dispuso el dicho Sandoual de la Peña cosa alguna, y la dicha doña Maria declarô debaxo de juramento, que los dichos bienes muebles auian sido muchos, colchones, ropa blanca, alfombras, y cosas deste genero; y que todos se gastaron y consumieron durante el matrimonio en casa del dicho su marido, porque se siruieron dellos los treze años que durò el matrimonio, desde el año de 80, hasta el de 93. Y aunque la muger cada que quiera, & maximè disuelto el matrimonio, puede recuperar del marido, o de sus herederos los bienes parafernales que huuiere consentido q̃ entrassen en la administracion, o poder de su marido, d. l. hac lege. C. de pact. conuent. & d. § dotis autem causa, Surd. decis. 192. n. 8. Fontanella. d. claus. 6. gl. 2. p. 7. n. 12. sin embargo, el marido, o sus herederos no estan obligados a boluerle y restituyrle los que con el vso, y el tiempo se huuieren gastado y consumido, y assi lo entiende y declara doctamente Fontanela vbi proximé, n. 13. sic: *Intellige, quod in hijs paraphernalibus, quæ mulier atulit in domũ viri, vel afferri passa est, prout contingit in mobilibus, & vtensilibus, vt ibi ipsa consentiente seruient ad communem vsum, non restituuntur, nisi eo modo quo reperiuntur, tempore restitutionis, si a rita, aut aliàs propter vsum deteriorata facta fuere, imò si dicto vsu fuerint consumpta, non tenetur maritus, nec eius hæres ad restitutionem, Franc. Cremens. singul. 142. & latè Tiraquel. de retract. conuent. ad fin. tituli, ex num. 86. Ferrer. ad Guid. Pap. decis. 468. allegant ad id. l. de hijs, C. de donat. inter vir. & vxor. l. plerumque, in principio, de iur. dot. Casan. in consuet. Burg. des doites, Rub. 4. §. 24. nu. 8. & 9.* Con lo qual parece queda fundada la pretension del dicho don Bernabe, y assi en conformidad de lo propuesto se espera en su fauor. Salua, &c.

Lic. D. Hermenegildo de Roxas.